

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La responsabilité

Thunis, Xavier

Published in:

Traduire nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysages planétaires

Publication date:

2008

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X 2008, La responsabilité: succès d'un malentendu. Dans C Eberhard (Ed.), *Traduire nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysages planétaires*. Bruylant, Bruxelles, p. 111-130.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LA RESPONSABILITÉ : SUCCÈS D'UN MALENTENDU

PAR

XAVIER THUNIS

FACULTÉS UNIVERSITAIRES NOTRE-DAME DE LA PAIX DE NAMUR

«I'm obsessed by Time Magazine... It's always telling me about responsibility. Businessmen are serious. Movie producers are serious.

Everybody's serious but me.»

(Allen GINSBERG)

La responsabilité a envahi le discours contemporain. Cette omniprésence peut réjouir si elle manifeste une prise de conscience, par la communauté humaine, des conséquences à long terme de ses actions sur l'ensemble de la planète, en d'autres termes si elle signifie qu'une nouvelle éthique de la responsabilité est en train de naître. Le succès de la responsabilité n'est toutefois pas dénué d'ambiguïté. Il s'accompagne, ainsi qu'on le montrera, d'un certain verbalisme que l'anglais et le français, chacun à leur façon, pointent de façon évocatrice : «To pay lip service», «se payer de mots». Dans les deux langues, la métaphore associe le verbal au monétaire.

Une rhétorique de la responsabilité est en train de s'imposer, qui porte en elle le risque de la confusion et du malentendu. Il est possible de le souligner de façon générale (I) mais aussi de l'illustrer à partir des métamorphoses que subit la responsabilité dans le domaine juridique, plus précisément en matière environnementale (II). Pour y voir plus clair, il me semble nécessaire de cerner les différentes significations de la responsabilité, en fonction du contexte d'utilisation et du type de discours, politique, philosophique ou juridique dans lequel elle s'insère (III).

I. – La responsabilité à tort et à travers

A. OMNIPRÉSENCE DE LA RESPONSABILITÉ

À l'intérieur du droit et de la science du droit, la responsabilité occupe une place centrale. La signification du concept varie toutefois selon la discipline juridique qui l'utilise, droit administratif, droit pénal, droit civil ou encore droit international (pour une synthèse, Fagnart 1999 : 5 et s). Pour ne prendre qu'un exemple frappant, la responsabilité civile n'est pas la responsabilité pénale mais elle ne lui est pas complètement étrangère. Les juristes ont donc le souci de préciser les rapports entre les deux formes de responsabilité, pour éviter les incompréhensions ou les incohérences, comme le soulignent les débats passionnés concernant l'unité ou la dualité des fautes, civile et pénale. Leur persistance montre que la responsabilité en droit, si tant qu'il n'y en ait qu'une, connaît différentes versions qui ne sont pas toutes aisément conciliables.

Hors du discours juridique, même succès : responsabilité politique, responsabilité éthique, responsabilité sociale des entreprises... Apparemment, tous sont responsables ou aspirent à le devenir. Sous le terme de responsabilité, le français occulte des variations sémantiques qui apparaissent plus clairement si on le confronte à d'autres langues. L'anglais, tout comme l'allemand ou le néerlandais, marque les différences en utilisant plusieurs mots : *liability* vise une responsabilité résultant d'une obligation juridiquement sanctionnée à charge de ceux sur lesquels elle repose. En vertu de l'article 1384 du Code civil, des parents peuvent ainsi être tenus responsables devant les tribunaux des dommages causés par leurs enfants à des tiers. On notera que *liable* peut aussi indiquer une certaine passivité : une chaussée ou une route peut être « *liable to flooding* », sujette à inondation.

Accountability désigne l'obligation de rendre des comptes, en tant que mandataire ou gestionnaire d'intérêts publics ou privés. En Angleterre, le premier ministre est responsable, *accountable* devant le Parlement anglais. Un conseil d'administration est *accountable* vis-à-vis de son assemblée générale. *Responsibility* est plus large : il s'agit d'une responsabilité faite de devoirs généraux plus que d'obligations précises, dans le registre éthico-politique. Des parents peuvent, en ce sens, être responsables de l'éducation donnée à leurs enfants.

On notera que la responsabilité sociale des entreprises relève à la fois de la *responsability* et de l'*accountability* si l'on vise par cette expression les devoirs sociaux qu'une entreprise décide d'assumer volontairement pour mériter le qualificatif de citoyenne. L'intention des promoteurs du concept est en tout cas d'éviter une responsabilité juridiquement sanctionnée, *liability* en anglais. Ce petit exercice, qui fait jouer les langues les unes contre les autres, n'est pas vain car il permet de mieux déceler certaines limites ou certains non-dits de la langue maternelle, en l'occurrence le français.

B. LA RESPONSABILITÉ VICTIME DE SON SUCCÈS

Le succès de la responsabilité est, en tous cas, le succès du discours de la responsabilité. Il est moins sûr que ce soit le succès d'une pratique responsable, c'est-à-dire d'une pratique réfléchie de la liberté au niveau individuel et collectif, d'une capacité à se décentrer pour se mettre sous le regard d'un tiers. Cela ne me regarde pas, dit celui qui estime, à tort ou à raison, n'avoir pas à s'occuper de telle ou telle chose, à prendre parti dans tel ou tel conflit. *Cela* me regarde. J'entends m'en mêler, je souhaite participer à la discussion d'une question, prendre part à une décision ou à une activité dont on essayait peut-être de m'écarter. *Cela* me regarde. Cette forte expression peut littéralement vouloir dire qu'une instance tierce, qu'elle prenne la forme d'un rapport à soi ou d'un rapport au tout, est une composante structurelle de la responsabilité. Ce qui permet de s'interroger immédiatement sur la nature des discours auto-régulateurs comme ceux relatifs à la responsabilité sociale des entreprises. Ne peut-on y voir le signe qu'une catégorie sociale ou professionnelle entend régler et juger elle-même les comportements de ses membres, selon ses propres normes et ses propres instances de jugement ?

À l'instar du contrat, la responsabilité connaît un succès presque populaire parce qu'elle se prête merveilleusement aux utilisations et aux stratégies discursives des locuteurs, dans des registres et des contextes très diversifiés. Comparons les expressions et conceptions suivantes en mêlant volontairement les genres.

« L'auteur remercie X et Y pour leurs précieuses remarques sur la présente contribution. Il reste seul responsable des erreurs et omissions éventuelles ». Responsabilité *imputation* : l'auteur est responsable en tant que source identifiable de ce qu'il dit ou de ce qu'il écrit.

Supposons que l'aimable relecteur, à qui je sou mets mon texte préalablement à la publication, ne me signale pas quelques erreurs grossières sur un sujet qu'il connaît en profondeur, il commet une négligence grave, une faute qui va entacher ma réputation et accessoirement la sienne. Comment a-t-il pu laisser passer ça ? Responsabilité proche de la *culpabilité*.

Un homme politique déclare qu'il va «prendre ses responsabilités». Il signifie, pour l'essentiel, qu'il est prêt à exercer le pouvoir et, le cas échéant, à prendre des décisions désagréables ou impopulaires. On ne fait pas d'omelette sans casser des œufs... Dans cette tâche, le pouvoir politique aura tendance à revendiquer une certaine dose d'irresponsabilité, une certaine immunité pour les inévitables lésions d'intérêts, de droits ou de libertés auxquelles, selon lui, les circonstances l'ont parfois amené ou obligé. L'obligation naît ici en l'absence de liberté alors qu'elle est généralement présentée comme le corrélat de celle-ci. En politique souvent, nécessité fait loi. En droit, l'état de nécessité peut constituer une cause justificative, exonératoire de responsabilité mais les juges, contrairement aux hommes politiques, toujours tentés par l'état d'exception, ne l'admettent qu'à des conditions très strictes.

Quel point commun entre les usages pointés plus haut et une conception plus philosophique de la responsabilité, qui en fait la condition de notre humanité ou qui, plus radicalement parfois, en présente une version hyperbolique selon laquelle nous sommes responsables de tout et de tous ? Comme l'écrit Lévinas (1968 : 182) : «Commencement, liberté, certes. Mais libre, tu n'es pas un commencement absolu. Tu viens après bien des choses et bien des personnes. Tu n'es pas seulement libre, tu es solidaire par-delà la liberté. Tu es responsable pour tous». Responsabilité tragique, presque sans mesure alors que le souci en droit est précisément de mettre de la mesure à la responsabilité, en la reliant au prévisible, fût-il conçu très largement. Même la responsabilité objective connaît des limites précises par le biais des causes d'exonération ou des plafonnements qui permettent de l'assurer.

La responsabilité est mise à toutes les sauces. Mais pour supporter tant de sauces différentes, n'est-elle pas devenue une sorte de neutre, dépourvu de singularité ? En termes plus choisis, on dira que la responsabilité est plastique, ce qui lui permet de donner forme à

des angoisses et à des revendications contemporaines assez hétéroclites : rendre conscient, punir, venger, mais aussi réparer un dommage ou restaurer un ordre social troublé, trouver un coupable mais aussi trouver un payeur. Sa plasticité permet à la responsabilité d'incorporer les mutations de l'agir et du penser, ce qui est un avantage. Mais cette plasticité a aussi des inconvénients. Une loi économique affecte les signes linguistiques comme les signes monétaires : l'utilisation inflatoire d'un signe conduit souvent à sa dévalorisation. Utilisée à tort et à travers, à tout propos, la responsabilité risque de se muer en slogan rassembleur avec un contenu sémantique quasi nul. C'est le reproche généralement adressé aux concepts et aux principes tellement ouverts qu'ils recueillent l'adhésion spontanée des tenants des positions les plus diverses (voir Bourdieu 2001 : 63). Justice, liberté, responsabilité dans une perspective de développement durable, comment ne pas être d'accord ?

Les différents discours, éthiques, juridiques ou politiques sur la responsabilité coexistent et s'interpénètrent. Faisons un détour par un phénomène bien connu des linguistes et des traducteurs, les faux amis. Des langues comme le français et l'anglais partagent une histoire commune et comportent nombre de faux amis, c'est-à-dire des termes identiques ou quasi identiques dans les deux langues mais aux significations très différentes : sensible, jurisprudence, etc. Les faux amis peuvent aussi exister à l'intérieur d'une langue naturelle. À l'intérieur de la langue française, la responsabilité est un faux ami : elle reste nominalement identique mais elle emprunte des significations différentes, selon le locuteur et le type de discours qu'il tient. Il est commode de se référer à la traduction pour théoriser les malentendus que le passage d'une langue à l'autre risque de produire. Mais que veut dire traduire ? Transposer dans une langue différente de la langue originare, un texte écrit ou oral ; donner l'équivalent d'un mot, d'une expression, d'un texte ; plus largement, passer d'un système de symboles à un autre (Eco, 2006 : 27 et s.). À strictement parler, il n'y a pas ici de traduction c'est-à-dire de tentative de transférer la signification que le terme responsabilité revêt d'un discours à un autre. Il s'agit plutôt d'influences, de contaminations, d'assimilations en fonction des contraintes et des finalités du système récepteur, ou encore d'emprunts plus ou moins conscients et avoués, sans souci de fidélité au texte source. Un peu comme le français, sur le plan lexical, emprunte à l'anglais, le droit

de la responsabilité emprunte à l'éthique ou à l'économie de la responsabilité. Ni le principe du pollueur-payeur ni le principe de précaution ne sont initialement des règles juridiques de responsabilité. On verra qu'en matière environnementale, le droit de la responsabilité tend à se les réapproprier en fonction des méthodes et des objectifs qui sont les siens. La contamination peut être féconde (II ci-après).

C. DE LA RESPONSABILITÉ À LA RESPONSABILISATION

Responsabilité est un mot récent. Il daterait de la fin du XVIII^e siècle (Chrétien 2007 :161 et s). Valéry le trouvait affreux. Que dire alors de responsabilisation, si fréquemment employé dans les textes, juridiques et non juridiques? Responsabiliser, c'est rendre plus responsable. Responsabiliser c'est, à l'heure actuelle, rendre les individus et les collectivités plus conscients des effets, à long terme, de leurs comportements sur le plan planétaire et, dans la foulée, tenter de changer ces comportements. En matière environnementale, nombre de textes responsabilisent les acteurs à coup d'instruments économiques et financiers, soit en leur épargnant une dépense pour comportement responsable, soit en leur appliquant un coût supplémentaire pour comportement irresponsable. Celui qui acquitte ce coût peut donc s'offrir le plaisir de l'irresponsabilité.

Un mot de sept syllabes mérite bien trois réflexions. Observons d'abord que certains acteurs sociaux prennent l'initiative de la responsabilisation tandis que d'autres la subissent. Les grandes entreprises appartiennent à la première catégorie. Parties prenantes au Global Compact ⁽¹⁾, elles affichent leur *sens* des responsabilités et celui des entreprises affiliées. Ce Global Compact n'est qu'un pacte doux consenti par les grandes entreprises multinationales pour éviter l'intervention réglementaire. L'affirmation d'une responsabilité sociale n'est pas dénuée d'arrière pensée. Elle n'est pas non plus totalement dénuée d'effet, un effet qui surprend parfois ses promoteurs. Certes, la responsabilité sociale des entreprises ne crée pas d'obligation juridique à l'instar de la responsabilité civile ou pénale. Beaucoup de proclamations généreuses ou séduisantes, de rapports d'avancement ou de progrès, à la frontière de l'engagement et de la publicité, se refusent soigneusement tout effet obligatoire. Mais

peut-on, même à l'ère de la communication, parler indéfiniment pour ne rien dire, peut-on interdire aux récepteurs, au (grand) public de *prendre au mot* les entreprises qui se targuent de responsabilité sociale et de leur demander de rendre compte de ce qu'elles déclarent? «On lie les bœufs par les cornes et les hommes par des paroles» (Loisel).

Observons ensuite que d'autres acteurs, demandeurs de prestations sociales, subissent la responsabilisation et que celle-ci prend de toutes autres formes. La responsabilisation s'effectue souvent par le truchement du contrat. Dans le domaine de l'intégration sociale où l'inégalité des parties en présence est criante, le «contrat» ne réalise pas, comme le veut le droit des obligations, un échange de biens ou de services sur la base d'un consentement librement donné, il se présente comme une forme particulière d'exercice du pouvoir réglementaire. Il s'agit d'une injonction en forme contractuelle donnée par l'autorité publique à un demandeur de prestations sociales pour le responsabiliser, c'est-à-dire pour l'inciter à remplir les conditions qui le rendront apte à revenir sur le marché du travail. Avec cette ambiguïté fondamentale que la technique contractuelle présuppose chez celui auquel elle s'applique l'autonomie et la responsabilité qu'elle a pour mission de susciter.

Que la responsabilisation émane d'acteurs dominants soucieux d'éviter une réglementation ou s'applique à des dominés auxquels s'impose une réglementation qui n'ose plus dire son nom, elle doit être mise en relation avec des corrélats appartenant au même contexte : gouvernance (et non gouvernement) et régulation (et non réglementation), contrats et droits de l'homme, les seconds entrant dans la sphère du premier dans le cadre d'une économie de marché. Sous couvert de flexibilité, le contrat joue comme un outil d'imputation et de sanction à l'égard des agents les plus faibles. La «responsabilité-autonomie» qu'il s'agit de promouvoir est très proche de la «responsabilité-sanction» applicable à celui qui déçoit les espoirs que la société a placés en lui en lui concédant un contrat.

⁽¹⁾ Voir sur celui-ci la contribution de Thomas Berns et de Gaëlle Jeanmart à cet ouvrage.

II. – De la responsabilité civile à la responsabilité environnementale : le grand écart

A. LES OSCILLATIONS DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Les juristes qui s'adonnent à la responsabilité civile sont aujourd'hui pris entre deux pôles. En premier, une responsabilité éthique à tendance hyperbolique qui s'étend au lointain et à l'ensemble de la planète, sans toujours prendre en compte la prévisibilité, pour l'auteur de l'acte, des conséquences de celui-ci. Une responsabilité à la limite infinie et déjouant le calcul des prévisions et par là-même l'entendement des juristes. Le second pôle est éconómico-financier. La responsabilité y est vue en termes de coûts et de charges à répartir, d'incitants à distribuer. Ceci est particulièrement frappant quand on examine la façon dont la responsabilité se transforme quand elle est sollicitée pour protéger l'environnement.

Un bref rappel de l'évolution est nécessaire. En droit, la responsabilité a toujours été au centre d'un combat pour les mots. La responsabilité civile, pour s'en tenir à elle, est l'obligation qui incombe à une personne de réparer le dommage causé à autrui par un certain fait qualifié de générateur (comp. Viney 1995 : 1). Avec la multiplication des responsables, il est parfois perdu de vue qu'elle est un correctif au principe selon lequel la charge des dommages est supportée par ceux qui les subissent (Geny 1902 : 816 et s.). Le droit de la responsabilité civile a oscillé et continue d'osciller entre des objectifs difficiles à concilier : la sanction d'un coupable, plus précisément d'un responsable d'une part – ce qui explique la relative survivance de la faute comme fondement de la responsabilité – l'indemnisation des victimes d'autre part, qui a conduit les tribunaux et le législateur à multiplier les hypothèses de réparation. Le second objectif a prévalu. La transformation du droit de la responsabilité en droit de la réparation s'est faite grâce à une interprétation des conditions de la responsabilité bienveillante pour les victimes (Fagnart 1994 : 135 et s.; Dubuisson 2005).

Des trois conditions de la responsabilité civile, la faute est sans doute celle qui a connu l'évolution la plus spectaculaire et la plus profonde. Le souci d'indemnisation a progressivement étiré le concept de faute juridique. La faute en vient à englober des peccadilles, des actes ou des omissions moralement irréprochables, des distrac-

tions humainement inévitables mais préjudiciables à autrui. Hypertrophiée, la faute juridique conquiert une signification autonome. Le bon père de famille et le bon professionnel, auxquels le droit de la responsabilité civile fait si souvent référence, acceptent mal cette dissociation du droit et de la morale. Bon nombre de médecins ne comprennent pas pourquoi les juges leur reprochent une faute alors que leur conduite n'a pas été blâmable au regard des règles sociales ou des pratiques de leur profession.

Pour le corps social et pour une partie de la communauté juridique, la responsabilité civile reste associée à la faute et la faute à la culpabilité. Comment peut-on être responsable sans être coupable ? Le débat a été particulièrement vif en doctrine française où la théorie de la faute objective, largement répandue, permet d'engager la responsabilité de mineurs ou d'anormaux dépourvus de la capacité de discernement. S'indignant de la réduction de l'élément psychologique et moral qui amène à trouver fautif l'acte d'un dément, Esmein (1949 : 481) écrit : « Quand on vide les mots de leur sens usuel, on n'est pas compris et on n'est plus soi-même maître de sa pensée ».

Progressivement dépouillée de tout élément moral, objectivée, la faute reste, dans bon nombre de cas, la justification formelle à l'imputation des dommages. Il y a toutefois des limites à donner aux mots du droit un sens que le sens commun ne comprend plus. Le souci d'indemniser les victimes a donc dû s'appuyer sur d'autres fondements que la faute (théorie du risque créé, théorie du risque profit), et a suscité l'apparition de régimes de responsabilité objective ou sans faute (Bocken 1984 : 329-415).

B. UN NOUVEL « OBJET » À PROTÉGER : L'ENVIRONNEMENT

En matière environnementale, la responsabilité civile se trouve sollicitée dans sa fonction traditionnelle d'indemnisation ou de réparation *ex post* d'un dommage réalisé mais aussi dans sa fonction de prévention du dommage, voire d'un risque de dommage. Cette fonction n'est pas neuve. Elle est reconnue, quoiqu'avec des réserves, par la doctrine dominante (Viney 1995 : 65). La réparation du dommage subi par la victime, pour autant qu'elle soit adéquate, peut avoir un certain effet dissuasif et contribuer, pour le futur, à éliminer les comportements dommageables. La question est toutefois de savoir si la responsabilité civile, sommée de garantir la réparation

et de favoriser la prévention de dommages à dimension collective, ne se voit pas dénaturée. En d'autres mots, la ou les responsabilités environnementales émergentes, qui prennent appui sur la responsabilité civile, sont-elles encore de la responsabilité civile? Plus fondamentalement, certaines d'entre elles sont-elles encore de la responsabilité? Un texte aussi important que la directive européenne du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (*J.O.U.E.*, L. 143/56) ne parle plus de responsabilité civile mais de responsabilité environnementale. La notion n'est pas définie comme telle mais les fonctions assignées à cette responsabilité – prévention et réparation des dommages environnementaux – et l'ordre dans lequel elles apparaissent en marquent l'originalité par rapport à la responsabilité civile classique. La directive ne se borne pas à adapter la responsabilité civile à certaines spécificités des dommages environnementaux, elle instaure un régime dont l'autonomie est *masquée* par des mots formellement identiques à ceux du droit de la responsabilité civile.

Trois grands traits caractérisent la responsabilité environnementale instaurée par le droit européen

1. *La responsabilité devient un instrument de prévention des dommages environnementaux.*

L'objectif poursuivi par la directive est de mettre en place un cadre de responsabilité environnementale fondé sur le principe du pollueur-payeur, en vue de prévenir et de réparer les dommages environnementaux. La prévention est la fonction principale que les économistes assignent à la responsabilité civile (Faure 2007 : 88 et s.). Ce point de vue a influencé la directive dont l'intitulé donne une idée de l'évolution qui s'opère. En généralisant l'application de la responsabilité à des «menaces imminentes de dommages» la directive se démarque de la responsabilité civile classique. La responsabilité se trouve en effet sollicitée d'abord dans sa fonction de prévention d'un dommage à venir, le dommage environnemental. La directive entend en effet ne viser que le dommage environnemental comme tel parfois appelé dommage écologique pur, par opposition aux dommages causés aux personnes et aux biens privés à la suite de la dégradation de l'environnement. Le type de dommage visé

réagit sur le régime de responsabilité mis en place (pour plus de détails, de Sadeleer 2006 : 742 et s.).

2. *La responsabilité s'affirme comme mécanisme d'imputation des coûts et comme instrument de mise en œuvre du principe du pollueur-payeur.*

L'imputation des coûts au pollueur est une préoccupation centrale de la directive. En forçant à peine le trait, on peut dire que la directive cherche plus à désigner un payeur solvable qu'à déterminer un responsable au sens classique du terme. Voilà qui nous mène loin de la responsabilité civile classique. Même si elle est orientée vers la réparation des dommages, celle-ci ne se résume pas à la recherche d'un payeur.

Qui va payer? La directive canalise la responsabilité sur l'exploitant qu'elle définit notamment en fonction du pouvoir de contrôle qu'il exerce sur l'activité en cause (art 2.6).

Ce n'est pas tout. La recherche d'un payeur se manifeste dans le lien étroit qui unit la directive consacrée à la responsabilité et les garanties financières permettant de trouver un débiteur solvable. Le marché des fournisseurs de garantie financière est un complément obligé de la responsabilité mise en place par la directive. Le concours des assureurs est indispensable pour permettre une réparation, plafonnée, du dommage environnemental mais aussi pour favoriser une sélection rigoureuse des risques environnementaux. Les assureurs, en imposant des normes de sécurité et de véritables audits environnementaux aux candidats à l'assurance, coopèrent en effet à la prévention des dommages environnementaux. La responsabilité, dans ce domaine comme dans d'autres, est indissociable de l'assurance.

3. *La responsabilité instaurée par la directive européenne s'apparente à un régime de police administrative.*

La directive met au premier plan la prévention des dommages environnementaux. Certes, en responsabilité civile, le dommage futur, pour autant qu'il soit certain, est en principe réparable (Dirix 1984 : 81 et s.). La responsabilité civile a même pu être utilisée, de façon prudente, pour sanctionner des risques avérés de dommages, comme le montre la jurisprudence française (Viney et

Jourdain 1998 : 71 et s.). En s'engageant plus avant dans la voie de la prévention, la directive se situe en dehors de la responsabilité civile à laquelle elle emprunte certains concepts, ce qui entretient la confusion. Elle fait jouer à la responsabilité un rôle relevant du droit public et administratif. L'article 8.4 de la directive en offre un indice. Cette disposition très touffue laisse aux États membres la possibilité de prévoir que l'exploitant peut être exonéré de responsabilité s'il apporte la preuve qu'il a obtenu et respecté les autorisations administratives requises (*permit defence*). Cette solution marque un retrait par rapport au droit commun de la responsabilité civile, la conformité aux lois, règlements et autres permis n'étant pas automatiquement exonératoire de toute responsabilité civile. L'admission d'une cause de justification tirée du respect d'une autorisation ou d'un permis d'exploiter s'insère mieux dans un régime de police administrative que dans un régime de responsabilité civile (Dubuisson 2006 : 860). Plus fondamentalement, la directive force à s'interroger sur les limites de la responsabilité et sur l'opportunité de la solliciter comme technique de police administrative.

C. MÉTAMORPHOSES DE LA RESPONSABILITÉ

La responsabilité a, au moins sur le plan théorique, été victime de son succès. Elle a perdu en unité conceptuelle à mesure qu'elle gagnait en domaines d'application. C'est au pluriel que le mot devrait être utilisé. Le pluriel se justifie d'autant plus que la directive instaure un régime de responsabilité supplémentaire, à mi-chemin du droit civil et du droit administratif, qui se superpose aux régimes déjà existants. La responsabilité devient un puzzle dont les pièces de plus en plus nombreuses ne s'emboîtent pas facilement.

Deux principes importants sont en train de remodeler les contours de la responsabilité en matière environnementale : le principe du pollueur-payeur et le principe de précaution (Thunis 2006 : 48 et s.). Une équation surgit spontanément : tandis que le principe du pollueur-payeur viendrait conforter la responsabilité civile dans sa fonction d'indemnisation, le principe de précaution, avec sa vertu d'anticipation, viendrait en quelque sorte exacerber la fonction préventive de la responsabilité civile.

1. L'histoire du principe du pollueur-payeur est celle d'un glissement de sens. Il vient indirectement de la théorie économique des externalités selon laquelle les effets externes liés à la production ou à la consommation d'un bien ou d'un service doivent être internalisés, c'est-à-dire intégrés dans le prix du bien ou du service en question. Par effets externes, il faut entendre les effets qui ne sont pas pris en compte par le marché. La pollution est un cas typique d'externalité négative, la version économique des troubles de voisinage. La théorie des externalités, sujet traditionnel de la science économique (v. la synthèse de Varian 1994 : 589 et s.), ne consacre pas le principe du pollueur-payeur en tant que tel et n'implique pas à tout coup l'imputation d'une nuisance à celui qui la cause.

L'incorporation du principe dans les travaux de l'OCDE et de la Communauté européenne a gommé quelques nuances et insufflé d'autres significations (Thunis et de Sadeleer 1995 : 3 et s.). Consacré aujourd'hui par des textes internationaux et européens dont l'article 174 du Traité C.E., le principe, dans sa version grand public, revêt une signification conforme à la morale populaire : qui casse paie. Traduction spontanée en responsabilité civile : qui cause un dommage, même sans faute, doit l'indemniser. La directive européenne montre toutefois qu'il peut y avoir un tout autre usage du principe. Par le surcoût qu'il impose à l'agent pollueur, le principe du pollueur-payeur peut avoir un effet préventif, de même que la responsabilité civile par la réparation qu'elle impose, incite la partie sanctionnée et, à travers elle, l'ensemble des agents concernés à prendre les mesures adéquates pour éviter la répétition du dommage.

Bref, le principe, détourné de son sens premier, est en train de se métamorphoser, au fil de réappropriations successives par différents cercles d'utilisateurs. Il peut jouer un rôle d'instance critique vis-à-vis du droit de la responsabilité civile, de même qu'une langue étrangère révèle les présupposés et les préjugés de la langue maternelle.

2. L'incorporation du principe de précaution par le droit de la responsabilité civile est également une affaire à suivre. Sa réception par la communauté juridique retient l'attention.

Les définitions du principe ne manquent pas (pour un inventaire et une analyse, v. not. Boutonnet 2005 : 10 et s.). Selon l'article L

110-1 du Code français de l'environnement par exemple, les objectifs d'intérêt général de protection de l'environnement «s'inspirent dans le cadre des lois, qui en définissent la portée, des principes suivants : [...] le principe de précaution selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption des mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable». Le principe de précaution est malaisé à définir positivement : il s'agit d'un principe d'anticipation de risques non identifiés ou dont l'ampleur est insoupçonnée. Il est à la fois une reconnaissance de l'incertitude dans laquelle se prend la décision des acteurs publics et privés, un appel à la procéduralisation et à la participation des acteurs sociaux pour déterminer le niveau de risques acceptable⁽²⁾, un principe producteur de connaissances supplémentaires pour faire reculer l'incertitude. Pour affirmer la spécificité du principe de précaution, la doctrine le distingue généralement du principe de prévention qui s'applique à des risques connus et avérés. La tendance naturelle, sur le plan juridique, est de voir dans la précaution une prévention redoublée. L'approche se fait spontanément prudentielle en grande partie, à notre avis, parce que le contexte verbal est déjà pré-occupé : depuis Domat, le juriste sait que le bon père de famille prend les précautions nécessaires pour éviter le dommage. Malentendu sans doute car la précaution, qui n'est pas invoquée par la directive, s'inscrit dans un contexte d'incertitude, de déficit des connaissances et d'anticipation de risques étranger à la responsabilité civile. Malentendu ou pas, le droit de la responsabilité en subira forcément l'influence. L'exigence d'anticipation qui est au cœur du principe de précaution conduira vraisemblablement, en responsabilité civile, à une appréciation plus stricte de la faute, de la prévisibilité du dommage ou des causes exonératoires (Boutonnet, 2005 : 431 et s.).

III. – Essai de clarification

La responsabilité est utilisée à tort et à travers. Il ne s'agit pas de donner raison à ceux qui utilisent le terme dans tel sens et tort

à ceux qui l'utilisent dans un autre sens, ni d'ériger un discours en instance critique de tous les autres. Il s'agit simplement de situer le type de discours dans lequel la responsabilité apparaît.

À un premier niveau, il y a le *sentiment de responsabilité*. Celui-ci se présente souvent sous une forme d'abord négative. Celui qui n'a pas agi comme il aurait dû, qui a menti, connaît le regret, le remords ou la mauvaise conscience. Sentiments ou états émotionnels très liés à la culpabilité et à la faute, celle-ci étant sans doute, dans un univers sécularisé, un péché qui n'ose plus dire son nom. Quand on voit à quel point la faute reste prégnante dans les débats politiques et juridiques qui tentent de s'en émanciper, on ne peut s'empêcher de penser qu'elle est logée très profond dans la structure existentielle et psychologique de l'homme occidental. «Ne sommes-nous pas innocents ? Oui, jusqu'à un certain point au-delà duquel il existe un repli. C'est là que se cache tout de même la faute» (Strindberg).

Même à ce premier niveau, la responsabilité naît d'un rapport à soi, c'est-à-dire du rapport à une instance d'évaluation tierce au sujet qui s'éprouve comme responsable. Il n'est pas exclu que ce sentiment de responsabilité lié à la culpabilité puisse régresser. L'individu, sommé de fixer lui-même et de réajuster la norme morale ou le niveau de performance par rapport auxquels il évalue ses actions, se sent plus fatigué que coupable. Sur le plan du bien-être collectif, la complexité grandissante des sociétés et des problèmes qu'elles produisent peut aboutir à occulter le sentiment de responsabilité personnelle.

Deuxième niveau, l'*éthique de la responsabilité*. La responsabilité y est vue comme une pratique réfléchie de la liberté, au plan individuel et collectif, comme une capacité de répondre à une interpellation et d'assumer une mission. Agis de façon que les effets de ton action soient compatibles avec la permanence d'une vie authentiquement humaine sur terre. Tel est l'impératif de Hans Jonas qui prône une responsabilité élargie et orientée vers le long terme, à la mesure d'un pouvoir d'action humain, étendu dans le temps et dans l'espace (Jonas 1992). Il y a une responsabilité vis-à-vis de ce qui est et qui doit continuer à être parce qu'il est. L'exigence morale excède le contemporain et s'étend à l'ensemble de la planète. L'ambiguïté de la pensée de Jonas est toutefois d'invoquer dans le même temps une heuristique de la peur. La peur peut sauver dans

⁽²⁾ KOURILSKY et VINEY (2000 : 20) évoquent la «théâtralisation des risques».

les situations extrêmes mais elle n'est pas toujours bonne conseillère. La peur est une réaction vitale. Elle n'est pas la prudence, sagesse pratique nourrie d'expérience qui évoque le calcul, qui pèse les avantages et les risques d'une entreprise. La peur n'a pas non plus grand-chose à voir avec la liberté qui entretient un lien intime avec la responsabilité, que l'on fasse de la liberté une condition de la responsabilité ou que l'on voie dans la responsabilité un appel à la liberté qu'elle suppose et qu'elle constitue. Tant qu'à faire, pourquoi ne pas substituer à la peur la terreur sacrée qui limiterait l'agir humain en lui interdisant de violer une transcendance ?

L'heuristique de la peur pourrait être rationnellement et éthiquement plus justifiable si elle signifiait que les collectivités humaines doivent être capables de faire l'hypothèse du pire pour n'avoir pas à l'endurer. À l'heuristique de la peur comme principe d'action, les juristes préféreront certainement la vertu de prudence, éventuellement redoublée à la lumière du principe de précaution.

Troisième niveau : la responsabilité vue sous l'angle *économique*. Les économistes voient la responsabilité civile essentiellement dans sa fonction préventive. Elle entraîne un coût supplémentaire à charge des agents les mieux placés pour prévenir ou réduire les risques de dommages. Du point de vue de la gestion des entreprises, des responsabilités nouvelles, ce sont des coûts nouveaux qu'il s'agit de minimiser, de gérer et de répartir de façon optimale. Au sens financier, il y a un poids des responsabilités qu'il s'agit d'imputer correctement, sur le bon compte.

Dans cette perspective, la responsabilité civile est une technique proche des outils financiers et fiscaux, étroitement liée aux assurances. Les compagnies d'assurance, grâce aux mesures de prévention qu'elles imposent à leurs assurés et aux audits qu'elles pratiquent, jouent en quelque sorte le rôle de gardiens de l'environnement par voie de normalisation décentralisée (*surrogate regulation*). Elles ne le font pas toujours volontiers car les risques environnementaux restent mal connus. « Nous n'assurons pas les risques liés aux OGM, principe de précaution » ont dit certaines compagnies d'assurance faisant une interprétation très personnelle du principe de précaution. On pourrait, au sens large et en souriant, considérer qu'elles sont mues par une heuristique de la peur, celle de mettre en cause leur équilibre financier en assurant de mauvais risques. Plus sérieusement, il faut souligner que le succès d'une approche économico-

financière de responsabilisation des agents ne contribue pas nécessairement à une éthique de la responsabilité.

Le quatrième niveau est celui de la responsabilité comme *technique juridique* avec ses différentes fonctions et ses différentes variétés, pénale, administrative etc. La responsabilité civile, à laquelle nous nous sommes attachés, institue une relation d'obligation entre un créancier et un débiteur en vertu de laquelle le second doit réparer le dommage subi par le premier. C'est évidemment une signification plus étroite et moins grandiose que la responsabilité comprise au sens éthique comme une structure de la condition humaine et comme une pratique réfléchie de la liberté au plan individuel et collectif.

Comme le souligne François Ewald (1996 : 32), la responsabilité pour faute, telle qu'elle continue de figurer aux articles 1382 et suivants du Code civil, est un principe de régulation politico-juridique des relations humaines basé sur l'idée que chaque individu assume sur son patrimoine les coûts du sort. Il assume aussi les conséquences des dommages causés à autrui par sa faute, ce qui dans une perspective strictement libérale, limite la possibilité d'invoquer la responsabilité civile. Aussi individualiste que soit le système mis en place par le Code civil de 1804 et aussi inadapté soit-il à la protection de biens collectifs comme l'environnement, c'est déjà devant autrui et à l'égard d'autrui qu'une responsabilité civile peut être engagée. Il n'y a en principe pas de responsabilité civile vis-à-vis de soi-même.

Quittons le terrain juridique et les rives de l'éthique ou de la philosophie pour aborder un cinquième niveau, celui de la responsabilité comme *idéologie politique et sociale* diffuse que révèlent certaines expressions typiques : « chacun pour soi, Dieu pour tous », « j'assume, je gère, je contrôle » ou, dans un genre apparemment plus élaboré, « ma liberté commence là où finit celle d'autrui ». Idéologie combinant darwinisme et moralisme primaire, où chacun fixe sa norme selon une logique d'exclusion et une conception du social réduit à des rapports interindividuels. Responsabilité d'atomes qui entrent en collision les uns avec les autres et dont il va falloir régler les frictions, notamment par le droit, de plus en plus par le droit. Cette conception individualiste est très loin des responsabilités partagées, communes ou différenciées, que tentent de promouvoir les textes

récents sur la protection de l'environnement, dans une perspective de solidarité.

*
* *

Cette typologie est schématique et gagnerait à être enrichie ou nuancée. Elle force le trait mais elle n'est pas inutile car elle permet de souligner des rapports et de procéder à un certain nettoyage verbal. La réflexion et la pratique des juristes de la responsabilité subissent les conceptions économiques dominantes surtout quand elles sont portées par un texte européen comme la directive du 21 avril 2004. Les juristes subissent aussi, dans une moindre mesure, l'influence de travaux philosophiques élargissant la responsabilité dans le temps, vis-à-vis des générations futures et dans l'espace, à l'ensemble de la planète. Faut-il dès lors, sur le plan juridique, plaider pour une responsabilité s'étendant au-delà du prévisible et résolument tournée vers l'avenir? À élargir la responsabilité juridique pour l'orienter vers l'anticipation de risques mal connus, on risque de dissoudre ce sentiment de responsabilité qui, qu'on le veuille ou non, alimente une éthique et une technique de la responsabilité.

Malgré ces réserves, la responsabilité est au cœur de la protection de l'environnement et du développement durable. Elle doit y rester. Pourvu qu'il s'agisse d'une responsabilité entendue comme le souci d'autrui et du monde, comme la capacité que possède un individu ou un groupe d'individus de se placer du point de vue d'un tout, de se sentir affecté par la vie ou la survie du tout et de s'engager, individuellement et collectivement, pour que ce tout continue sa course. Le développement durable est nécessairement un développement responsable.

Bibliographie

- BOCKEN Hubert, 1984, «Van fout naar risico», *T.P.R.* (Tijdschrift voor privaatrecht), pp. 329-415.
- BOURDIEU Pierre, 2001, *Langage et pouvoir symbolique*, Paris, Seuil, 423 p.
- BOUTONNET Mathilde, 2005, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 695 p.
- CHRÉTIEN Jean-Louis, 2007, *Répondre : figures de la réponse et de la responsabilité*, Paris, PUF, 238 p.

- de SADELEER Nicolas, 2006, «La directive 2004/35/CE relative à la responsabilité environnementale : avancée ou recul pour le droit de l'environnement des États membres?», in VINEY G. et DUBUISSON B. (dir.) *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, Schultess, L.G.D.J., pp. 731-777.
- DIRIX Eric 1984, *Het begrip schade*, Bruxelles, Ced-Samson, 150 p.
- DUBUISSON Bernard, 2005, «De la légèreté de la faute au poids du hasard. Réflexions sur l'évolution du droit de la responsabilité civile», *RGAR*, 14009.
- DUBUISSON Bernard, 2006, «Conclusions» in VINEY G. et DUBUISSON B. (dir.) *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, Schultess, L.G.D.J., pp. 839-881.
- DUPUY Jean-Pierre, 2004, *Pour un catastrophisme éclairé : quand l'impossible est certain*, Paris, seuil, coll. Points essais, 216 p.
- ECO Umberto, 2006, *Dire presque la même chose*, Paris, Grasset, 460 p.
- ESMEIN Paul, 1949, «La faute et sa place dans la responsabilité civile», *Rev. trim. dr. civ.*, pp. 481-490.
- EWALD François, 1996, *Histoire de l'État providence : les origines de la solidarité*, Paris, LGDJ, coll. biblio essais, 317 p.
- FAGNART Jean-Luc, 1994, «Recherches sur le droit de la réparation», in *Mélanges R.O. Dalcq*, Bruxelles, Larcier, pp. 135-157.
- FAGNART Jean-Luc, 1999, «Introduction générale au droit de la responsabilité», in *Responsabilités - Traité théorique et pratique*, vol. 1, Bruxelles, Kluwer, 29 p.
- FAURE Michaël, 2002, «L'analyse économique du droit civil français : le cas de la responsabilité», in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil* (dir. B. DEFFAINS), Paris, Cujas, pp. 113-150.
- FAURE Michaël, 2007, *L'analyse économique du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 362 p.
- GENY François, 1902, «Risques et responsabilité», *Rev. trim. dr. civ.*, pp. 812-849.
- HUBERT Hugues-Olivier (dir.), 2006, *Un nouveau passeport pour l'accès aux droits sociaux : le contrat*, Bruxelles, la Charte, 296 p.
- JONAS Hans, 1992, *Le principe responsabilité*, Paris, Cerf, 366 p.
- KOURILSKY Philippe et VINEY Geneviève, 2000, *Le principe de précaution*, Paris, éd. O Jacob, 405 p.
- LEVINAS Emmanuel, 1968, «Vieux comme le monde?», in *Quatre lectures talmudiques*, Paris, éd de Minuit, 192 p.

- MOERYNCK Pierre, 2007, «Incidences, en ce qui concerne les sols pollués, de la directive 2004/35/CE» in *Assainissement et gestion des sols pollués : un cadre légal nouveau*, Bruxelles, Bruylant, pp. 225-277.
- THIBIERGE Catherine, 2004, «Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir», *D.*, doct., pp. 577-582.
- THUNIS Xavier 2006, «Fonctions et fondements de la responsabilité en matière environnementale», in VINEY G. et DUBUISSON B. (dir.) *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, Schultess, L.G.D.J., pp. 25-68.
- THUNIS Xavier et DE SADELEER Nicolas, 1995, «Le principe du pollueur-payeur : idéal régulateur ou règle de droit positif?» *Aménagement/Environnement.*, n° spécial, pp. 3-15.
- VARIAN Hal, 1994, *Introduction à la micro-économie*, Bruxelles, De Boeck, 723 p.
- VINEY Geneviève, 1995, *Introduction à la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 471 p.
- VINEY Geneviève et DUBUISSON Bernard (dir.), 2006, *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, Schultess, L.G.D.J., 910 p.
- VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrick, 1998, *Les conditions de la responsabilité*, 2^e édit., Paris, L.G.D.J., 1226 p.
- WALTER Henriette, 2003, *Honni soit qui mal y pense : l'incroyable histoire d'amour entre le français et l'anglais*, Paris, Librairie Générale française, coll. Le Livre de Poche, 446 p.

Texte légal

- Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *J.O.U.E.*, L. 143/56.